

Alkotmánybíráskodás és demokrácia

(Az alkotmánybíráskodás elmélete hiányzó fejezete)

1. Az alkotmánybíráskodás problémája a demokráciában; 2. A demokrácia kettős fogalma; 3. Az alkotmányos demokrácia két fogalma és az alkotmánybíráskodás kétféle igazolása; 4. Összefoglalás.

1. Az alkotmánybíráskodás problémája a demokráciában

Ebben a tanulmányban azt vizsgálom meg, összeegyeztethető-e az alkotmánybíráskodás a demokráciával, vagy (pontosabban) igazolható-e "demokratikusan"¹ az alkotmánybíráskodás. Később majd megkülönböztetek az alkotmánybíráskodás erős és gyenge demokratikus igazolása között; itt azonban ezt még mellőzöm. Ezt a kérdést nem vizsgáltam meg, sőt közvetve is alig érintettem, *Az alkotmánybíráskodás elmélete* című munkámban.² Ma már úgy gondolom, hiba volt, hogy a demokrácia és az alkotmánybíráskodás kapcsolatával ennyire keveset és (ekként) szinte egyáltalán nem foglalkoztam. Ezt a hiányt szeretném most pótolni, felhasználva az említett munkában alkalmazott elmélet egyes elemeit.

Kezdem azzal, miért tartom fontosnak a demokrácia és az alkotmánybíráskodás összeegyeztethetőségének vizsgálatát. Elsősorban is azért, mert a (nevezzük így) "demokratikus érv" az alkotmánybíráskodás igazolásával szemben felhozható (legalábbis egyik) legkomolyabb argumentum a lehetséges alkotmányelméleti érvek között, ugyanakkor viszont az alkotmánybíráskodás *mellett* szóló érvelésekben is nagy szerepet játszanak olyan érvek, amelyek (többé vagy kevésbé nyíltan) az alkotmánybíráskodást szembeállítják a demokráciával s az alkotmánybíráskodásban a demokrácia" szükséges ellensúlyát látják. Ezeknek az elméleti vitáknak mindenféle szétágazásai vannak, mint amilyen a törvényhozó hatalom döntéseinek lehető legnagyobb tiszteletben tartását követelő elmélet – az alkotmánybírói "aktivizmus"

¹ A demokrácia idézőjellel arra szeretnék emlékeztetni, hogy a 'demokrácia' fogalma nagyon sokféle jelentéssel - vagy éppen anélkül - alkalmaztatik; ezért közelebbi meghatározás nélküli használata félrevezető.

² Budapest, 1994.

elítélése –, vagy a "politikai kérdés" doktrínája Észak Amerikában,³ vagy az alkotmánybírói döntés (például a bírói funkcióban) immanens korlátainak elmélete.⁴

Szólnom kell még röviden az 'alkotmánybíráskodás' fogalmáról. Az 'alkotmánybíráóság' fogalmán ugyanazt értem, mint *Az alkotmánybíráskodás elméletében*,⁵ – lényegében olyan bíróságot, amely az *alkotmány alapján*⁶ megsemmisítheti a jogrendszer bármely normáját, kivált a törvényeket – ezért nem is térek erre ki részletesebben. Csak annyit teszek hozzá az ott kifejtettekhez, hogy az alkotmánybíráóság, mint különben minden bíróság, nem is lehet "demokratikus" intézmény: ellenkezőleg, éppen abban van az egyik értelme, hogy nem demokratikus. A 'demokratikus bíráskodás' fogalma szerintem a "kétlábú aranyhal" típusú fogalmak közé tartozik: velem együtt gondolom, sokan vannak, akik legalábbis intuitíve képtelenségnek tartják a 'demokratikus bírói döntést',⁷ éppúgy, mint a "demokratikus" döntést az erkölcsi jóról vagy egy egyenlet megoldásáról. A bíráskodás eszerint eleve nem demokratikus intézmény: a klasszikus demokrácia elvei szerint azért nem, mert feladata a demokratikus (törvényhozói) akarat megvalósítása, amely demokratikus legitimitációját nem önmagából, hanem az általa alkalmazott normából (és annak alkalmazása, valamint azt fogalmilag megelőző jogértelmezés, helyességéből) meríti. A 'demokratikus bíráskodás' (egy bizonyos értelemben) azért fogalmi képtelenség, mert a bírói döntés és argumentáció – ideális esetben – a racionális érvelésből és a jogrendszer érvényességéből egyszerre meríti kötelező erejét; az előbbi tőle független (s adott esetben demokratikus"), míg a második önálló igazolás.

E dolgozat nem kis részét azok a kísérleteim teszik ki, amelyekkel megpróbálom a politikai retorika az utóbbi évszázadban valószínűleg leggyakrabban használt fogalmát, a 'demokráciát' szigorúan értelmezni. és elemezni. Ezek az elemzések adhatnak csak alapot arra, hogy megvizsgáljam, lehetséges-e az alkotmánybíráskodás "demokratikus" igazolása; más kérdés lenne, hogy *kell-e egyáltalában* az alkotmánybíráskodást demokratikusan igazolni. Ezt azért nem teszem fel, mert úgy gondolom, az alkotmánybíráskodás *demokratikus*" igazolása meggyőzőbb érv; ugyanakkor – mint arra még visszatérek – érvelésem felteszi, hogy egy bizonyos kapcsolat áll fenn demokrácia és alkotmány között. Az alkotmánybíráskodás 'demokratikus igazolásán' annak igazolását értem, hogy az alkotmánybíráskodás és demokrácia legalábbis nincs ellentétben egymással vagy éppen feltételezik egymást. Az elsőt *gyenge*, a másodikat *erős* igazolásnak nevezem. A gyenge igazolás nem zárja ki az alkotmánybíráskodást, és legalábbis elfogadhatónak tartja; az erős igazolás szerint az alkotmánybíráskodás *szükséges* (ha talán nem is *szükségszerű*) eleme az alkotmányos demokráciának. Az erős igazolás tehát azt bizonyítaná, hogy az alkotmánybíráskodás *maga is (egy bizonyos értelemben)* 'demokratikus', míg a gyenge igazolással azt mutatható meg, hogy *nem ellenítetes* a demokráciával.

³ E. Scharpf, *Die Grenzen der richterlichen Verantwortung*, Berlin 1965 és L. Henkin, "Is There a Political Question Doctrine?" *Yale Law Review*, 85 (1978)

⁴ Ezek az érvek jól megkülönböztethetők az alkotmánybírói döntések tartalmi bírálatától: ez utóbbi az alkotmánybíráóság döntését bírálja, a másik azt, hogy (jól vagy rosszul de) egyáltalán döntött.

⁵ i.m., 23. skk.

⁶ Ez a kikötés roppant fontos, mert csak normatív érvelést enged meg, mást nem.

⁷ Némiképp más kérdés a bíróság *összetételének* 'demokratikus' mivolta, így a hivatásos bírák választása, az esküdtbíráskodás, az ülnökök stb. részvétele a bírói hatalom gyakorlásában. Ezek együtt sem teszik a bíróságot semmilyen értelemben 'demokratikus' intézménnyé, legalábbis ami az eljárást illeti.

Az alkotmánybíráskodás *ellen* felhozott "demokratikus" érvek lényegében a következő állításokban foglalhatók össze (vagy szükségképpen ezeken alapulnak abban az értelemben, hogy helyességük vagy igazságuk ezeknek az állításoknak a helyességétől vagy hamisságától függ):

(1) az alkotmánybíróság a nép (demokratikus) *alkotmányozó* hatalmát igazolhatatlanul gyakorolja;

(2) az alkotmánybíróság a nép *törvényhozó* hatalmát korlátozza igazolhatatlanul;

Az alkotmánybíráskodás demokratikus kritikája (a "demokratikus érv") tehát azt állítja, hogy az alkotmánybíráskodás eleve antidemokratikus – vagy, ami nem ugyanaz, nem-demokratikus –, azaz az alkotmánybíráskodás megléte egy alkotmányos berendezkedésben (minden egyéb feltétel azonossága esetén) legalábbis kevésbé demokratikussá teszi az alkotmányos rendszert.⁸

A következőkben az egyszerűség kedvéért csak az (1) állítást elemzem; a másodikat azért nem, mert az jóval gyengébb állítás, mint a második; ezenfelül, ha a törvényhozó hatalom alkotmányhoz kötött hatalom, akkor az (1) állítás cáfolata egyben a (2) állítást is megdönti. Ez annak ellenére igaz, hogy a gyakorlatban (nálunk is) az alkotmánybíróság és demokrácia összeütközése elsősorban a törvényhozó hatalom és az alkotmánybíróság közötti konfliktusként jelenik meg: a törvényhozó döntését (az általa alkotott jogszabályt) semmisíti meg az alkotmánybíróság. Ez azonban, ha nem is egyszerűen látszat, mindenképpen csak egy része az igazságnak: mert a törvényhozó hatalom alkotmányos államban (mint mindegyik hatalmi ág és hatáskör) derivált hatalom (hatáskörük összessége), mert maga is az alkotmányon alapul; ennél fogva ha az alkotmánybíróság szerint a törvényhozó alkotmányellenes törvényt hozott (mely ezért érvénytelen), a törvényhozó – vagy mellette bárki – alkotmányosan csak úgy érvelhet, hogy az *alkotmánynak* megfelelő törvényt (normát) alkotott. A "demokratikus" törvényhozó és az alkotmánybíróság közötti konfliktus tárgya ezért voltaképpen az *alkotmány* értelmezése és alkalmazása: mi felel meg az alkotmánynak a törvényhozó döntései közül és mi nem. A törvényhozó alkotmányhoz kötöttségének tagadása – a parlamenti szuverenitás elmélete – szükségképpen kizárja az alkotmánybíráskodást, mivel a parlamenti szuverenitást elfogadó alkotmányos berendezkedések – nemcsak a brit, hanem hosszú ideig a francia, vagy a régi magyar – a törvényhozó hatalom alkotmányhoz kötöttségét nem ismerhetik el, mert az egyben az alkotmányozó hatalom is.⁹ A (2) állítás csak akkor lenne fenntartható, ha (a hatalommegosztás elvét ezzel elvetve) elfogadjuk a törvényhozó hatalom feltétlen (vagy közel feltétlen) elsőbbségét a többi hatalmi ággal szemben, mint Rousseau teszi.¹⁰ Ekkor azonban az

⁸ Az alkotmánykománybíráskodás demokratikus kritikáját" az európai alkotmányos tradícióból kiindulva tárgyaló művek közül említendő W. Kálin, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, Bern, 1987., I. Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlin, 1985, 179. skk., R. Dolzer, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1972., valamint M. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", in: Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, 1994, 329.

⁹ Az mindenképpen szükségszerű, hogy az alkotmány (és törvény) alkotás eljárási kötöttségeket tartalmazzon – különben azt sem tudhatnánk, mi a törvény és létrejött-e egyáltalán; azonban az eljárás szabályszerűségének (ellentétben pusztá megtörténtével) megállapítása is a szuverén dolga és nem a [z alkotmány] bíróságé. Erre az elvre – hogy t.i. a törvényhozó (és alkotmányozó) hatalom, a Parlament, döntése semmiképpen nem bírálható felül – angoloknál újabban: *British Railways Board v. Pickin* [1974] A.C. 765.

¹⁰ *Du contrat social*, II. II. (ed. Halbwachs, 138.): "...ou la volonté est générale ou elle ne l'est pas."

alkotmánybíráskodás eleve értelmetlenné válik, mert a törvényhozó *mint szuverén* nem korlátozható. Innen érthető meg a legkönnyebben, miért ellenzi minden radikális demokrata az alkotmánybíráskodást.

Természetesen lényegében ugyanezek az érvek az alkotmánybíráskodás *mellett* is felhozhatók; ha például valaki (mint egykor René Marcic¹¹) az (alkotmány)bírói hatalom kiterjesztését üdvözli, vagy erős kételyei vannak a többségi elvvel szemben (mint nem kevés gondolkodónak) akkor az előbb vázolt érvek nem az alkotmánybíráskodás *elleni* érvek – éppen ellenkezőleg. Egy meggyőződéses antidemokrata számára az imént felsorolt állítások (és a hozzájuk hasonlóak) nagyon is helyeselhethők. Mindkét esetben igaz azonban, hogy a "*countermajoritarian difficulty*"¹² – az alkotmánybíráskodás és többségi elv összeütközése – az alkotmánybíráskodás alkotmányos igazolásának legalapvetőbb *alkotmányelméleti* problémája.

Amikor azt mondom, hogy az alkotmánybíráskodás és demokrácia közötti kapcsolat alkotmányelméleti kérdés, ezen azt értem, hogy az alkotmány igazolásának része, s ekként az alkotmány értelmezésében lényeges szerepe van. Ez abban áll, hogy az írott alkotmányok értelmezése aligha képzelhető el anélkül, amit *háttérelmélet*-nek lehetne nevezni: az alkotmány normáinak igazolására szolgáló elmélet rekonstrukciója – visszakövetkeztetés az alkotmányból annak igazolására –, amelynek segítségével az alkotmány normáinak jelentése megismerhető és fejleszthető. Ez a módszer felettébb jellemző az alkotmányértelmezésre (bár nem egyedül itt alkalmazható); a háttérelmélet – amely különféle nevenek szerepelhet, mint pl. az "alkotmány értékrendje", az "alkotmányozó eredeti szándéka", és lehet az alkotmány egy-egy intézményét igazoló részelmélet is – fogalmilag nem azonos a történeti alkotmányozó által megvalósítani kívánt alkotmányos elmélettel ("koncepcióval").¹³ A háttérelmélet konstrukció: az alkotmányt (vagy egyes intézményeit) legjobban magyarázó elméletet nevezem így, amelyet hozzárendelünk az alkotmányhoz, hogy ennek segítségével értelmezzük azt: ezért egy alkotmánynak sincs egyetlen helyes vagy igaz háttérelmélete: több ilyen elmélet is lehetséges, amelyek egymással is versenghetnek.¹⁴ Az alkotmánybíráskodás és demokrácia közötti kapcsolatra vonatkozó elmélet szükséges része egy ilyen háttérelméletnek. A háttérelmélet természetesen nem alkotmány, hanem értelmezésének módszere és eszköze; a háttérelmélet *normatív konstrukció*, amely az alkotmányos normákat igazolja és lehetővé teszi (az igazolás alapján) értelmezésüket és

¹¹ R. Marcic, *Vom Gesetzestaat zum Richterstaat*, Wien, 1957, című munkája említendő legfőképpen, valamint még *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, 1963.

¹² A kifejezés valószínűleg A. Bickeltől származik. Ld. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York, 1962, 16. skk. A probléma tárgyalását sokáig meghatározta J.B. Thayer (máig gyakorta idézett) cikke "The Origin and the Scope of the American Doctrine of Judicial Review", amely a *Harvard Law Review* 1893-as évfolyamában jelent meg. A kérdés világos összefoglalására (ahogyan az Egyesült Államokban látják) L. Tribe, *American Constitutional Law*, St. Paul, 1978, 9. skk. Újabban pl.: M. Tushnet, "Policy Distorsion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty" *Michigan Law Review*, 94 (1995) 245. skk.

¹³ Feltéve természetesen (ami többnyire nem, vagy csak kis részben igaz), hogy a történeti alkotmányozó elgondolásai, az általa megvalósítani kívánt elmélet etc. valóban megismerhetők vagy ismertek. Ez egyébként nem azonosítható a történeti alkotmányozásban résztvevők elméleti nézeteivel (melyek gyakorta ismertek lehetnek), mert ők nem az alkotmányozók. Ezért példának okáért a *Federalist* tanulmányai inkább tekinthetők – az itt alkalmazott fogalommal – *kortársi háttérelméletek*, mint a történeti alkotmányozó elméleti nézetei leírásának.

¹⁴ Az itt leírtak sokban közösek R. Dworkin jogértelmezési elméletének azon elemével, amely a jog "integritásával" foglalkozik. Cf.: R. Dworkin, *Law's Empire*, London, 1986, 176. skk.

kiegészítéstük. Ez utóbbi – az alkotmányos normák kiegészítése, illetve új normavariánsok alkotása – az alkotmányértelmezés (legalábbis egyik) esete, amely az alkotmánybíráskodás közép-európai változatában¹⁵ a legfontosabb alkotmánybírási tevékenység.¹⁶ A háttérelmélet lehetővé teszi, hogy az alkotmánybírásg az alkotmányt értelmező normák megalkotásakor – azaz az alkotmány értelmezésekor – alkotmányosan igazolható premisszákból induljon ki.

Mindenesetre már az elején érdemes felfigyelnünk arra, hogy a demokrácia és alkotmánybíráskodás viszonyának elemzésekor el kell választanunk egymástól két (egymással egyébként összefüggő) kérdést. Az első a (bármiképpen értett) *demokrácia és az alkotmány*, a másik pedig az *alkotmány és az alkotmánybíráskodás* viszonya. E két kérdést el kell választanunk egymástól azért, mert az alkotmánybíráskodás *ex hypothesi* feltételezi, hogy érvényes egy az alkotmánybírásgot kötelező alkotmány, amelynek alapján (legalább elvben) az alkotmánybírásg dönt; egy alkotmány viszont lehet "demokratikus" (avagy éppen kifejezetten antidemokratikus), sőt egy nagyon gyenge értelemben még a "legdemokratikusabb" alkotmány is mindenképpen korlátozza a demokráciát (mint ahogyan egyébiránt az antidemokratikus az antidemokráciát). Az alkotmánybíráskodás és a demokrácia kapcsolatát vizsgálva azonban *nem* tekinthetjük eleve adottnak, hogy az alkotmánybíráskodás egyszerűen és főleg kizárólag az alkotmány "megvalósítása"; érvelhetünk (kifinomultabban) akként is, hogy az alkotmánybíráskodás csak annyiban demokratikus, amennyiben *valóban demokratikus eredetű normákat* alkalmaz.¹⁷ Ez az érvelés – ha az alkotmányt magát "demokratikus"-nak fogadja el – az alkotmánybíráskodás és demokrácia kapcsolatát *alkotmányértelmezési* kérdéssé alakítja át, mert akkor (de csak ebben az esetben) elfogadja az alkotmánybíráskodást, ha az valóban helyesen értelmezte az alkotmányt. E nézet az alkotmánybíráskodás demokratikus igazolását az alkotmányértelmezés helyes (megint egyszer: "demokratikus") módszerének alkalmazáshoz köti: ha az alkotmányértelmezés módszertanilag helyes, akkor az alkotmánybíráskodás demokratikusan igazolt, különben viszont nem. Egy ilyen érvelés két alapvető előfeltevésen nyugszik: először azon, hogy az alkotmány valamiképpen "demokratikusabb", vagyis erősebben demokratikus, mint a törvényhozó, amikor felmerül a kérdés, milyen értelemben az. Másodsor pedig azt feltételezi az előbb vázolt gondolatmenet, hogy az alkotmánybírásg alkotmányértelmező tevékenységével ezt az erősebb demokratikus tartalmat helyesen – minden más alkotmányos szervnél helyesebben – képes megismerni és rekonstruálni. Ez utóbbiban a legnagyobb kérdés az, ki dönt kötelezően az értelmezés helyességéről a *bírásgon kívül*?

Annyi, gondolom, triviálisnak tekinthető, hogy az alkotmánybíráskodás és a demokrácia viszonya erősen függ egyfelől az *alkotmány és demokrácia*, másfelől az *alkotmánybíráskodás és az alkotmány* közötti viszonytól. Az utóbbival valamelyest foglalkoztam az *Az alkotmánybíráskodás elméletében*,¹⁸ az előbbivel viszont alig, aminek egyik oka az, hogy az alkotmánybíráskodást elsősorban a *jogrendszer*

¹⁵ Ezen az osztrák-német típusú (Magyarországon is átvett és mára Európában legelterjedtebb) alkotmánybíráskodást értem, amelynek a most tárgyalt szempontból fő jellemzője az, hogy szinte kizárólag *normabíráskodással* foglalkozik.

¹⁶ Az alkotmánybírói alkotmányértelmezésről szól *Az alkotmánybíráskodás elmélete*, 191. skk.

¹⁷ A 'demokratikus' azonosítása a 'helyes'-el vagy a 'jó'-val - s ekképp durva fogalmi konfúzió - mondazonáltal (ha nem éppen ezért) népszerű retorikai, vagy a retorikához méltányosabban fogalmazva, *á retorikus* fogás.

¹⁸ Kivált a II. fejezetben.

szempontjából vizsgáltam, márpedig szigorúan véve egy jogrendszerrel nem mondhatjuk, hogy 'demokratikus', mert a "demokrácia" nem lehet egy jogrendszer tulajdonsága. A "demokrácia" és az alkotmány[osság] közötti kapcsolat viszont kikerülhetetlen előkérdés az alkotmánybíráskodás és demokrácia viszonyának elemzéséhez.¹⁹ Ezért az első lépések erre vezetnek majd: először a 'demokrácia' kettős fogalmát elemzem, ezután pedig az alkotmányfogalmak kettősségét; ez vezet az alkotmánybíráskodás demokratikus igazolásának két – "gyenge" és "erős" – változatához.

A következőkben, tehát arra keresek választ, mi igazolja – vagy esetleg teszi szükségessé – az alkotmányos demokrácia intézményei között az alkotmánybíráskodást. E kérdésre legegyszerűbben az a felelet, hogy az alkotmány alaptörvény (tehát jogilag kötelező, sőt "legkötelezőbb") mivolta *jogilag* mindenképpen igazolja az alkotmánybíráskodást, sőt triviálissá, esetleg tautologikussá teszi az érvelést. Ez a gondolatmenet (némi finomítással) szerintem is elfogadható, de megkerüli azt a kérdést, miért szükséges (vagy legalábbis igazolható) nemcsak alkotmányos, hanem *demokratikus* premisszák alapján is az alkotmánybíráskodás. Még arra szeretném felhívni a figyelmet, hogy *csak* ezt a kérdést szeretném elemezni; ezért számos az alkotmánybíráskodás és demokrácia viszonyában fontos, de azzal mégiscsak közvetve összefüggő problémát nem, vagy csak futólag érintek.

2. A demokrácia kettős fogalma

Vizsgálódásaimat, mint említettem volt, a demokrácia fogalmának elemzésével. Szigorúan csak most következendő fejtegetéseim számára a *demokrácia összes lehetséges fogalmát*²⁰ (melyeknek száma megszámlálhatóan végtelennek tekinthető) két csoportba sorolom: az egyik szerint a demokrácia valamiféle *eljárás* (döntés), a másik szerint pedig intézmények vagy döntések *tartalma* vagy azok helyessége. Mindjárt hozzáteszem, hogy ez a felosztás a demokrácia elméletek által javasolt demokrácia-fogalmakra éppúgy áll, mint a demokrácia egyébként – főleg a politikai diskurzusban – használatos, kevésbé kifinomult, ámde annál gyakorlatibb fogalmaira. Azt nem állítom, hogy az összes lehetséges demokrácia-fogalom csak ezekből az elemekből áll; azt azonban határozottan igen, hogy a két mindjárt említendő elem közül legalább az egyiket szükségképpen tartalmazniuk kell; ha nem így van, már nem is demokrácia-fogalomról van szó, hanem valami egészen másnak a fogalmáról. Ezért nem tartozik a 'demokrácia' fogalmak közé, ha (mint ez különben gyakorta történik) a 'demokráciát' egyszerűen a *jó kormány* (esetleg a legitim kormányzat, a "törvényes" államhatalom etc.) szinonimájának tekintjük.²¹

¹⁹ Ld. J. Elster/R. Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988. illetve N. MacCormick, "Constitutionalism and Democracy", *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1989, 17. skk.

²⁰ Ebben (a később idézendőkön és a már idézetteken kívül) a következő műveket vettem különösen alapul: H. Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, Berlin, 1928., J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York, 1942, R. Dahl, *Democratic Theory*, New Haven, 1956, G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Firenze, 1962 [angol kiadása, *Democratic Theory*, Chicago, 1966?], C.B. MacPherson, *Democartian Theory*, Oxford, 1973., P. Singer, *Democracy and Disobedience*, Oxford, 1973, A. Arblaster, *Democracy*, Minneapolis, 1987, D. Held, *Models of Democracy*, Oxford, 1987.

²¹ J.A. Christoffersen, *The Meaning of "Democracy" in European Ideologies*, Oslo, 1966.

Ezek a típusok nem a *demokráciák* típusai, hanem a *demokrácia-fogalmaké*. A demokrácia-fogalmak maguk lehetnek normatív avagy deskriptív fogalmak; de egyik esetben sem állítom azt, hogy a 'demokráciá'-nak nevezett politikai vagy alkotmányos rendszerek is ezekbe a típusokba oszthatók. Annyit azonban állítok, hogy a demokráciák mint intézmények leírhatók e két típusú fogalommal. A 'demokrácia' fogalmának deskriptív meghatározása világosan megkülönböztetendő a normatív (avagy preskriptív) *demokrácia elmélettől*, amennyiben a demokrácia elmélete egyben a demokrácia igazolását is tartalmazza, míg a demokrácia *fogalma* ennél jóval kisebb feladatot vállal: csak azt kívánja megmondani, hogy mi a 'demokrácia', de azt már nem, miért az, ami, és miért helyes vagy helytelen, ha az, ami.²² Nem foglalkozom tehát magának a demokráciának igazolásával, azaz ama nyilván alapvető kérdéssel, hogy mi teszi helyessé, "jogossá", netán (morálisan vagy másként) elengedhetetlenné a demokráciát. Ezt az eljárásomat az indokolja, hogy a demokrácia igazolása külön, az itt elemzettől (bár viszonylag, de) elkülöníthető kérdés; másrészt azonban az is igaz, hogy a demokrácia igazolásának problémája a demokrácia fogalmainak taglalásakor teljesen nem kerülhető meg. Mindenesetre nem tartom feladatommak, hogy itt a demokrácia (vagy valamely változata, "koncepciója") mellett érveljek; adottként fogadom el, hogy a modern alkotmányosságnak legalábbis szükséges része a demokrácia.

A két demokrácia-fogalmat összeköti – s ezért tekinthetők *egy fogalom* variánsainak – a demokrácia fogalmak közös mozzanata: az *egyenlőség*, amely az európai politikai tradícióban a demokrácia fogalmának elengedhetetlen alapja, mint ezt például oly különböző teoretikusok mint Rousseau, Kant, Tocqueville, Mill, Eötvös, avagy éppen Rawls, Dworkin és Raz nézetei bizonyítják. A két demokrácia-fogalom – mint majd visszatérek rá – éppenséggel az egyenlőség mibenlétének és tartalmának meghatározásában tér el egymástól; mint majd bemutatom, az "eljárási" demokrácia az egyenlőséget formálisan, míg az itt "igazolási"-nak nevezett demokrácia-fogalomhoz a "tartalmi" egyenlőség rendelhető hozzá. Másrészt kétségtelen, hogy az egyenlőség fogalma vezet át (ha nem is egyedül, de legfőképpen) a demokrácia *fogalmától* a demokrácia *elméletéhez*, amely (mint az előbb mondtam volt) egyebek között a demokrácia igazolását is tartalmazza.

A. A demokrácia mint eljárás

A demokrácia ebben az értelemben egy bizonyos eljárást jelöl, amellyel egyének egy csoportja a csoport (vagy "közösség") minden tagját kötelező döntéseit hozza. Lényeges itt figyelni arra, hogy eme fogalom a csoport tagjaira érvényes ("őket kötelező") mindenfajta döntés érvényességi feltételeit határozza meg. A 'döntés' általában véve minden lehet, ami a csoport tagjait (vagy a csoportot magát) érinti, a modern államokban - ha azok polgárait tekintjük a demokrácia-fogalom szempontjából 'csoportnak' - azonban ezek legnagyobb része vagy jogi normákat jelent, vagy azokon alapul: azaz a törvényhozás vagy a politika meghatározása, ámde ez utóbbi csak annyiban kötelezi²³ a csoport tagjait, amennyiben az maga törvény vagy a törvényen alapuló egyedi döntés.²⁴

²² Ebben az értelemben azonban természetesen elkerülhetetlenül értékelő is.

²³ Itt nem vizsgálhatom azt a különben nem mellékes kérdést, hogy a 'csoport tagjait kötelező' és a 'tagokra érvényes' különbözik egymástól; a miniszterelnök vagy államfő választása például nem 'kötelezi' az

Legelőször azt vizsgálom, mit is jelent a demokrácia eljárási fogalmában az 'eljárás'. Ennek a kulcsfogalomnak nem könnyű meghatározni a pontos jelentését. 'Eljárás'-nak nevezek minden olyan személyek (és bármilyen egyéb alanyok, szubjektumok) közötti kapcsolatot, amely az eljárás résztvevőire is érvényes döntés/norma létrehozására irányul; e definíció azt is magában foglalja, hogy az eljárás tárgya egy döntés elérése és e döntés valamilyen magatartásra irányul. Ugyanakkor az 'eljárásnak' nem fogalmi eleme, hogy az eljárásban hozott döntés *csak* az eljárás résztvevőit kötelezze; másrészt azt ki kell kötni, hogy az eljárás minden résztvevőjét (valamiképpen) köteleznie kell a döntésnek, vagy érvényesnek kell lennie rájuk is. (Úgy, ahogyan a bírói eljárásban a bíróságra is érvényes, bár talán nem 'kötelező', az általa hozott döntés.) Az itt javasolt eljárás-fogalom igen széles, mindenestre jóval szélesebb, mint az 'eljárás' a jogdogmatikában és a jogtudományban szokásosan alkalmazott fogalma;²⁵ voltaképpen magában foglal minden olyan cselekvést, amely másokra kötelező és/vagy érvényes normát vagy döntést alkot. Van azonban az eljárás-fogalomnak még egy eleme, amelyet külön kell említeni: ez pedig az, hogy az eljárást normák hozzák létre és normák szerint folyik; eljárás nem gondolható el (bármily egyszerű) *eljárási normák* nélkül. 'Eljárási normán' azokat a normákat értem, amelyek *csak az eljárást magát szabályozzák*, köztük legfőképpen azokat, amelyek az eljárásban hozott döntés kötelező erejét és érvényességét határozzák meg. A törvényhozás nyilván 'eljárás' e definíció szerint; az eljárási normák, amelyek a törvényhozást mint eljárást meghatározzák, nemcsak a parlamenti eljárás szabályai, hanem az alkotmány minden olyan szabálya, amelynek alapján a törvények érvényesek és (kötelezők). Minden 'eljárás'-nak konstitutív eleme az eljárási norma, abban az értelemben, hogy az eljárási cselekvés és egyáltalán eljárás nem létezhet anélkül, hogy ne fogadnánk el feltétlenül az eljárást definiáló normák érvényességét és csak e normák által lesz eljárás.²⁶ Feltétlenül szükséges azonban megjegyezni azt, hogy az eljárási normák *ex definitione nem határozzák meg az eljárás kimenetelét*, csak annak érvényességi feltételeit; az eljárási norma szükségképpen csak olyan norma lehet, amellyel az eljárásban hozott bármely tartalmú döntés nem lehet ellentétes. Az eljárás kimenetele (elméletileg) mindig kontingens, azaz több érvényes kimenetele egyenlően megengedett.²⁷ Éppen ezért (mint majd erre visszatérek) az eljárási normák "formálisak"-nak is nevezhetők, éppen mert nem határozzák meg a döntés tartalmát. Ugyanakkor az eljárási normáknak meg kell határozniuk, miképpen (és milyen feltétellel) dől el az eljárás: ilyen szabály például a szavazás. Ez azonban nem jelenti azt, hogy az eljárás eredményét más, de nem eljárási normák (köztük, bár nem kizárólag, jogiak) ne határozhatják meg: ebben az esetben az eljárás kimenetelét normák határozzák meg - de ezek a normák *nem* eljárási normák. Az eljárási normák alapvető jelentősége miatt joggal mondhatjuk, hogy a 'demokrácia'

állam polgárait - legalábbis közvetlenül nem -, de kétséggel 'érvényes' mindenkre, amennyiben az államnak csak egy miniszterelnöke van egy adott időpontban.

²⁴ A törvény klasszikus alkotmányjogi fogalma erősen összefügg (mint erre majd visszatérek) az eljárási demokrácia-fogalommal. Ld.: G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887. különösen 226. skk.

²⁵ Luhmann szerintem is helyesen állapítja meg, hogy a jogtudománynak nincs általános eljárás-fogalma; N. Luhmann, *Legitimation als Verfahren*, Neuwied a. R., Luchterhand, 1969. 11.

²⁶ Vagyis, az 'eljárás' normatív gyakorlat; ld.: Bragyova, "Miben lehet (és legyen) 'új' az új alkotmány?" *Társadalmi Szemle*, 1995/8. 72., és az ott idézett szerzőket.

²⁷ Ez a fogalmi elem teszi lehetővé, hogy a "valódi", ámbár esetleg politikai büntető pert elkülönítsük a megrendezett tárgyalástól, vagy éppen a parlament imitálását az "igazi" parlamenttől, még akkor is, ha empirikusan éppoly biztos és előrelátható az egyikben, mint a másikban az eljárás kimenetele.

eljárási fogalma *normatív* fogalom; 'normatív' abban az értelemben, hogy az eljárás demokrácia fogalmának csak akkor lehet egyáltalán megfelelni, ha bizonyos normák betartatnak.

A demokrácia eljárás fogalmának normatív mivolta tehát abban áll, hogy bizonyos *normák* – Bobbio ezeket *játékszabályok*”-nak nevezi²⁸ – érvényességéhez vagy elfogadásához köti a demokrácia meglétét; a torinoi jogbölcsező metaforája találóan utal a demokrácia eljárás szabályainak két (előbb fejtegetett) tulajdonságára: arra, hogy azok semlegesek az eljárás kimenetelével szemben és (főleg) arra, hogy konstitutívak. Ez pedig annyit jelent, hogy az eljárás demokrácia-fogalom *előfeltételezi* a demokrácia szabályainak érvényességét; ebből adódik az eljárás demokrácia egyik paradoxona: a *demokrácia eljárás szabályai nem fogadhatók el demokratikusan*, mert a demokrácia eleve feltételezi a demokratikus eljárás normák érvényességét.²⁹ Ez a paradoxon azt mutatja, hogy a demokrácia eljárás (értelemben) nem alapozható meg a demokratikus eljárással magával; s ezért a demokrácia eljárás fogalmai befejezetlenek és szükségképpen töredékesek, mert a demokratikus eljárás (bármiképpen definiált) normáit eleve érvényesnek kell tekinteniük – saját el feltevéseik szerint.

Az előbb mondottak szerint egy 'eljárás' (legáltalánosabb értelemben véve) a következő elemekkel határozható meg; ezek az elemeket valamennyien az eljárás normái (a fenti definíció szerint értve) határozzák meg:

az eljárás *alanyai*, aktorai, résztvevői, akik az eljárásban kötelező döntést hozzák vagy a normát alkotják;

az eljárás résztvevőire (és csak rájuk) kötelező normák (ezeket lehetne *szűkebb értelemben vett eljárás normáknak* nevezni, mint polgári vagy büntető eljárás szabályai);

az eljárásban eldöntendő kérdést (de nem annak kimenetelét), meghatározó szabályok (*hatásköri* normák);

az eljárás érvényes kimenetelének, (eldöntésének) szabályai; ezek határozzák meg, mikor tekinthető egy eljárásban a döntés kötelezőnek.

Ami a demokratikus eljárás *résztvevőit* illeti, a demokrácia eljárás fogalma eszerint olyan társadalmi rendet jelöl, ahol a normákra vonatkozó döntésekben "mindenki" *jogosult* részt venni. A demokrácia fogalmában (talán) a legtriviálisabb, bár nem a legkevesebbet vitatott kritérium, hogy abban "mindenki" egyenlően szereplője a politikai döntési eljárásoknak. A kérdés éppen az, hogyan határozható meg *ki a 'mindenki'*, és ki nem az. Ha a "minden állampolgár"-t tekintjük válasznak, nem jutunk sokat előre, hiszen éppen az 'állampolgár' meghatározását – vagy az oda vezető utat – keressük. Az alkotmánytörténetben például a választói jogosultság körüli viták mutatják, hogy az 'állampolgár' fogalma, s benne a választójogosulté, az alkotmányos demokrácia számára alapvető kérdés; a választói jog (*pars pro toto*, amennyiben ilyenkor közvetve más politikai jogokról is szó van) visszatérő tárgya sokfelé az alkotmányos vitáknak, azóta is, hogy az általános (és a nőkre is kiterjedő) választójogosultság elfogadásával megoldottnak tűnt.³⁰

²⁸ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 4. skk. ("regole di gioco"). Erre reflektál J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am.M., 1992. 367. skk.

²⁹ Erről S. Holmes, "Pre-commitment and the paradox of democracy" in Elster/Slagstad, ed. *Constitutionalism and Democracy*, i.m. 195.

³⁰ Ilyen például a külföldiek választói joga vagy éppen a kisebbségek jogai; gondoljunk csak a balti államok orosz lakossága állampolgárságának kérdésére, a német "kettős állampolgárság" vitára é.i.t.

A 'demokrácia mint eljárás' résztvevőinek definíciója ugyanis a demokrácia alanyának, – a *démosznak*, avagy a 'nép'-nek – meghatározása. A népszuverenitás (avagy népfelség) elve és a belőle következő, (de legalábbis általa igazolt) alkotmányos normák éppenséggel azt határozzák meg kik és hogyan, milyen szabályok szerint (milyen hatáskörrel) vehetnek részt a politikai – azaz a közösségre vonatkozó – döntési eljárásban. Habermas nem véletlenül beszél a népszuverenitásról, mint eljárásról.³¹ Az alkotmányos, demokráciákban azonban a legnagyobb jelentőségű kérdés (ami a demokratikus *eljárás*t illeti) a *képviselet* fogalma és gyakorlata; lévén minden demokratikusnak nevezhető berendezkedés *képviseleti* demokrácia. Az eljárás fogalmának előbbi vázlatos analízise alapján sem lehet kétes, hogy az, amit a modern politikai és alkotmányjogi terminussal 'képviselet'-nek nevezünk, az eljárási demokrácia-fogalomhoz tartozik. A 'képviselet' fogalma, amint az a modern kor alkotmányos elméletében és gyakorlatában kialakult, teljességgel megfelel az 'eljárás' fogalmi elemeinek, melyek fentebb taglaltattak. A politikai képviselet³² a demokráciában voltaképpen egy norma (de mindenképpen normatív konstrukció): az, amely szerint bizonyos feltételekkel – mint a választási eljárás érvényessége é.i.t. – egy szavazási eljárással létrejött állami szerv döntése olyannak tekintendő, mintha azt "mindenki" azaz az állam polgárainak összessége döntése lenne; akkor is, ha az empirikus polgárok másként döntenének.³³ A képviseleti szerv létrejötte is eljárás eredménye; s ez az eljárás annyira formális, hogy aligha akad olyan alkotmányos demokrata alkotmány, mely ne tiltaná a képviselők utasítását, a kötött mandátumot etc.

A demokráciára mint eljárásra jellemző döntési szabály a *szavazás*. Ez indokolja, hogy egy kissé közelebbről megvizsgáljuk a 'szavazás' fogalmát. A (demokratikus) szavazás a *társadalmi választás*³⁴ eljárása, mégpedig olyan eljárás, amelyben a társadalom minden tagja részt vehet. Nem szükséges itt a társadalmi választás elméletébe mélyebben behatolni ahhoz, hogy belássuk: a társadalmi választást legalább három mozzanata teszi 'társadalmi'-vá:

- (1) a *döntéshozók* köre amely a 'társadalmat' alkotó – vagy leggyakrabban őket képvisel – intézményekből, vagy emberekből áll;³⁵
- (2) a *döntés tárgya*, amely a politikai közösség egészét érinti;
- (3) a *döntések érvényessége*, amennyiben az kiterjed (azaz kötelező) a társadalom egészére (és persze minden tagjára);

Az 'eljárás' fogalmi elemei közé tartozik az eljárásban kiválasztandó cselekvési lehetőségek – az eldöntendő kérdés – meghatározása: ezt nevezhetjük az *eljárás tárgyának*. Az eljárás mindig döntés bizonyos alternatívák között, amelyek együttesen nem valósíthatók meg (vagy például jogilag eleve kizártak (mint az, hogy egy államnak

³¹ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, i.m. 600. skk.

³² Alapvető erről G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation*, 1928; J.H. Kaiser, *Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, 1956, H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, 1967.

³³ Ez a képviselt és a képvisel, másképp az uralkodás alanya és tárgya közötti azonosság (eljárási) demokrácia fogalma. Ld. pl.: W. Mantl, *Repräsentation und Identität*, Wien, 1975.

³⁴ Ezt a terminust a 'social choice' vagy 'collective choice' terminus fordításaképp alkalmazom. Ld. erre pl.: K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 1951, A. Sen, *Social Welfare and Collective Choice*, San Francisco, 1971, W. Riker, *Liberalism against Populism*, San Francisco, 1982.

³⁵ Itt csendben bevezettem a 'képviselet' fogalmát; ugyanakkor az Arrow-i "diktatúra-nélküliség" feltételét ezzel is fenntartom. Ugyancsak kérdéses az 'társadalom tagjai' meghatározása; ez külön kérdés, amelyet itt nem vizsgálók.

két kormánya legyen). A demokrácia eljárási fogalmában (és az ezt igazoló elméletben) a demokratikus eljárás mindig valamilyen *közügy* eldöntése. A 'közügy' fogalma az eljárási demokrácia-fogalomban voltaképpen *hatásköri norma*, amennyiben a demokratikus eljárás hatáskörét – azokat az eseteket, amelyekben ez az eljárás helyes (vagy, amit itt ezzel azonos jelentés) alkotmányos – definiálja.

Többségi szavazással való (azaz ebben az értelemben demokratikus) döntésnek olyan döntési eljárást nevezhetünk, amely a következő kritériumoknak megfelel:

(1) a szavazás tárgya politikai", kérdés, azaz olyan, amely a politikai közösség állapotát határozza meg (ami magában foglalja annak általános érvényességét);³⁶

(2) eldöntésének kritériuma az, hogy a döntés *minél több* (az adott politikai közösséghez tartozó) egyén választásával (preferenciájával) *minél jobban* egybeessen (vagy legyen összhangban);

Az így kapott demokrácia-fogalom semmiféle *tartalmi* korlátot nem ismer a demokratikus döntésben: az eljárás bármilyen kimenetele, amely megfelel az előbbi kritériumoknak, (ebben az értelemben, de csak ebben) helyes. Ugyanez az állítás úgy is megfogalmazható, hogy ha az eljárási szabályoknak megfelelő minden döntés helyes. Van azonban egy probléma – amely (mint visszatérek rá) fontos szerepet játszik az alkotmánybíráskodás demokratikus igazolásában: ez pedig a régóta ismert Condorcet (vagy szavazási) -paradoxon,³⁷ amely szerint a – természetesen szabályos – szavazási eljárás önmagában nem szükségképpen felel meg a többség választásának; vagyis a szavazási eljárás szabályszerű eredménye nem mindig felel meg az eljárási demokrácia posztulátumának, amelyet az előbb (2) alatt fogalmaztam meg. Ebből pedig az következik, hogy minden demokratikus eljárás kimenetelének éppen eljárási demokratikussága mindig valamennyire kérdéses.

Ha ettől a nehézségtől (itt még) el is tekintünk, továbbra is megmarad a kérdés, amelyre semmilyen eljárási demokrácia-fogalom nem képes kielégítő választ adni: vannak-e olyan kérdések (törvényhozási lehetőségek, pl. a halálbüntetés), amelyben a többség egyáltalán nem is dönthet. Eljárási terminusokban: vannak-e olyan tárgyak, amelyekben a többségnek egy alkotmányos demokráciában nincs hatásköre, azaz nem megengedett, hogy döntést hozzon. A többségi döntés (gyakorlatilag a többségi döntéshozó szerv, a törvényhozás) hatáskörének korlátozása határeset a tartalmi és az eljárási korlátozás között: egyrészt eljárási korlát, mert az eljárást szabályozza, nem annak kimenetelét, másrészt viszont tartalmi, mert a hatásköri szabály megsértésével hozott döntés érvénytelen és – a pozitív jogokban különféle módokon és feltételekkel – megsemmisíthető.³⁸ A hatásköri szabály azért tartalmi korlát, mert meghatározza azokat az eseteket, amelyekben az egyébként szabályszerű eljárásban hozott döntések, mivel olyan tárgyban döntöttek, amelyben az adott szerv egyáltalán a hatásköri szabály alapján nem (vagy csak meghatározott módon) dönthet, érvénytelenek. Így tehát a hatásköri szabályokkal a törvényhozási eljárás tartalma korlátozható. Ez alól egy kivétel van: a *korlátlan hatáskör* (vagyis az, amelynek csak szűkebben vett eljárási korlátai vannak),

³⁶ Ez nagyjából az, amit a jóléti gazdaságtanban "társadalmi jóléti függvénynek" neveznek.

³⁷ Ezt Condorcet írta le először: Ld. R. Rashed, szerk., Condorcet, *Mathématiques et société*, Paris, 1974, 172. különösen 183. skk.

³⁸ Ha a pozitív jog nem ismeri az érvénytelenítési eljárást, azt kell mondanunk, hogy a döntés (törvény) akkor is érvényes, ha a hatásköri szabályt sértette. Ebben az esetben viszont a hatásköri szabály pozitív jogi értelemben nem kötelező norma.

ez egyben a tiszta és korlátlan szuverén, mint amilyen ma (jogilag) a brit parlament (persze a "Queen-in-Parliament") vagy egykor az orosz imperátor.³⁹ Minden olyan alkotmányos demokráciában, ahol a törvényhozás, azaz a törvényhozó hatáskör az alkotmányon alapul, a törvényhozó hatalom annyiban mindenképpen korlátozott hatáskörrel bír, hogy hatáskörét az alkotmány határozza meg, s ezzel (legalább közvetve) korlátozza. A korlátozás *gyakorlati értéke* persze lehet olyan csekély, hogy a törvényhozó hatalom *de facto* korlátlan – mint a francia III. köztársaságban –, s ezzel a parlamenti szuverenitás *látszatát* keltheti.

A demokrácia tiszta eljárási fogalmával azonban nem fér össze semmiféle tartalmi korlátozás: ami demokratikusan eldöntött az (*ex hypothesi*, azaz eljárási értelemben) helyes is. A többségi döntést általában azonosítják az eljárási demokráciával, ez azonban azzal a feltétellel fogadható csak el, ha figyelembe vesszük: a többségi döntés csak egyik eleme a demokrácia eljárási fogalmának, éspedig az, amely a döntés véglegességének (illetve egyáltalán létrejöttének) feltétele. Önmagában azonban a többségi döntés nem alapozza meg – még az eljárási demokrácia-fogalom szerint sem – a döntés procedurális helyességét: ehhez sok eljárási szabály megtartása is szükséges; közöttük a legfontosabb a szólásszabadság (és más tágabb értelemben politikai) szabadságjogok tiszteletben tartása. Legalábbis ezek a szabadságjogok (bár más értelmezésük is lehetséges) tekinthetők eljárási szabályoknak, éspedig olyanoknak, amelyeknek a többségi döntést szükségképpen meg kell előzniük ahhoz, hogy a többségi szavazási eljárás érvényes legyen.⁴⁰ A szavazást megelőző (és azt követő) vita, a demokrácia eljárási fogalmának része. A demokratikus eljárás legfontosabb (vagy a szavazással legalább egyenrangú) szabálya az érvelés szabadsága, annál is inkább, mert a többségi elv – eljárási értelemben – igazolására igazán kevés lényeges érvet lehet felhozni: ugyan miért lenne "igaza" a többségnek azért mert többség (inkább, mint a kisebbségnek, mert kisebbség) és miért lenne ez szükségszerű? Ezt csak akkor tehetjük könnyen, ha mint némely teoretikusok, az *igazságot eleve a többséggel* határozzuk meg.⁴¹ A többségi szavazással azonosított eljárási demokrácia tehát csak akkor lenne igazolható, ha az eljárás maga igazolná a döntés helyességét – leszámítva azt a körbenforgó okoskodást, amely a *helyességet az eljárással* definiálja (s ezzel eleve igazolja).⁴²

A demokrácia fogalmának a 'többségi szavazással' azonosítása – jóllehet, ha nem tévedek, a politikai retorikán kívül sem ritka – aligha állja a komolyabb kritikát. Más a helyzet a demokráciát elsősorban a politikai közösség érvelési és (csak ezzel együtt) döntési eljárásának tekintő demokrácia elméletekkel:⁴³ ezek kétségtelenül az alkotmányos demokrácia nagyon lényeges vonásait írják le. Ugyanakkor a többségi

³⁹ Ilyen korlátlan hatáskörű szervből egy államban csak legfeljebb egy létezhet; ha többen vannak, legalább egymást korlátozzák.

⁴⁰ Érdemes emlékeztetni itt John Stuart Mill híres fejtegetéseire az *On Liberty* II fejezetében; ő ott a helyes politikai döntési eljárás konstitutív elemeként igazolja a véleményszabadságot.

⁴¹ Cf. R. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal* 47 (1971), 1. kül. 30.

⁴² Ugyancsak eljárási igazolás piaci tranzakciók eredményeképpen létrejött tulajdon-eloszlás igazolása maguknak a tranzakcióknak eljárási helyességével. Az ilyesfajta igazolás egészen radikális változata Nozick tulajdonelmélete: eszerint a tulajdon igazolása egyedül a szerzési eljárás helyességének – inkább: érvényességének – igazolása. (R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, 1974.)

⁴³ Ma ezt mondja Habermas (és az által befolyásolt szerzők) összefoglalóan: J. S. Dryzek, *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990. V.ö.: Habermas, i.m. 349. skk.

szavazás "többségi" eleme jelentőségének kisebbitése – sőt, a kisebbségi jogok beillesztése a 'demokrácia' fogalmába,⁴⁴ mely ettől még eljárási marad – elvezet ahhoz a kérdéshez, lehetnek-e az alkotmányos demokráciában a többségi (mely itt a törvényhozóival azonos) döntésnek az alkotmányos demokrácia *eljárási* fogalmába beilleszthető (illetve, ami több, azzal összeegyeztethető) korlátai. Ezek lehetnek maguk is eljárások – például a minősített többség vagy más megkötöttség, például időbeliek – vagy pedig a döntés *tartalmát* érintők, amelyek azonban már eleve nem eljárási szabályok, jóllehet lefordíthatók ilyenekké (például felfoghatók a törvényhozói hatáskör meghatározásaként).⁴⁵ Ezek azonban eljárási kötöttségek: a szuverenitás – az alkotmányos demokráciában az alkotmányozó hatalom – fogalmilag is legfeljebb eljárási korlátokkal korlátozható.⁴⁶ Ettől azonban még kérdés, hogy az alkotmányozó hatalom megállapíthat-e az alkotmány keretei között tartalmi korlátokat az alkotmány demokratikus intézményei, gyakorlatilag a törvényhozó számára; és még nagyobb kérdés, hogy ezek a tartalmi korlátok miképpen igazolhatóak alkotmányosan.

Ezzel azonban már a demokrácia másik fajta fogalmához értünk.

B. A demokrácia mint igazolás

A demokrácia eme másik típusú fogalmát nevezhetnénk "tartalmi" (szubsztantív) fogalomnak; eszerint a 'demokrácia' intézmények, normák tulajdonsága, vagy – szerintem pontosabban – annak mércéje, helyesek-e vagy sem. A 'helyesség' vagy az 'igazságosság' szigorúan véve nem egy norma tulajdonsága, hanem annak viszonya egy másik normához vagy értékhez (ha elfogadjuk, hogy az érték nem a norma egy válfaja⁴⁷). Ha tehát a norma helyességét a norma "tulajdonságának" tekintjük, akkor csak egyszerűsítve fejezzük ki azt, hogy egy általunk elfogadott mérce szerint helyes. A demokrácia két fogalmának itt javasolt elkülönítését – az eljárási/tartalmi distinkció jogosságát is – igazolja E. Bulygin, amidőn (különben nem a demokráciáról szólva) rámutat arra, hogy a 'bírói döntés' (s nem kevésbé bármely más nyilvános döntés) két jelentéssel bír: egyrészt jelenti a döntést mint cselekvés(sorozatot), másrészt ennek tartalmát.⁴⁸ Az első felel meg az eljárási, a második a tartalmi (igazolási) fogalomnak; mint Bulygin mondja, az első, (eljárási) értelemben vett döntés igazolásáról nem lehet beszélni, míg a másodiknál igen.

A *demokrácia mint igazolás* fogalma azt határozza meg, milyen döntések, normák, intézmények (vagy éppen a társadalom szerkezete, mint Rawlsnál) tekinthető 'demokratikus'-nak. Ebből már kiviláglik, hogy a 'demokrácia' fogalma e változatában közel kerül – ha nem is azonosítatik vele – az igazságosság fogalmához, vagy éppen a diskurzív racionalitásához. A demokrácia olyan fogalmai (felfogásai, amelyek valamiféle demokrácia-fogalmat alkalmaznak) tényleg érintkeznek az igazságosság valamilyen elméletével. A következőkben azt vizsgálom, értelmes fogalom-e a

⁴⁴ G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Wien, 1898, és Kelsen, *Wesen und Wert...* i.m. 53. skk.

⁴⁵ A szólásszabadság biztosításának követelménye például akként, hogy a törvényhozó hatalomnak nincs hatásköre ("joga") a szólásszabadságot sértő normát alkotni.

⁴⁶ Az alkotmányozó hatalom *alkotmányos korlátozása* fogalmilag (és logikailag) felettébb kérdéses, de mindenképpen eljárási (hatásköri) korlát.

⁴⁷ Cf. G.H. von Wright, *Varieties of Goodness*, London, 1962.

⁴⁸ E. Bulygin, "On legal interpretation", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* BH. 53. 11. (1994).

'demokratikus igazolás' (vagy igazolhatóság) vagy másképpen szólva mi a kapcsolat a demokrácia és az igazolás között.⁴⁹

A keresett kapcsolat az '*általános elfogadhatóság*' által teremthető meg a legnyilvánvalóbban. Az '*általános elfogadhatóság*' annak vizsgálatát jelenti, hogy egy normához, egy intézményhez (amely egyébként norma nélkül nem létezhet) általánosan hozzájárulna-e az adott politikai közösség minden megfelelően tájékozott és ésszerűen gondolkodó tagja. A "demokratikus" elem e fogalomban a valóságon alapuló, de idealizált konstrukció, amely annyiban kontrafaktikus, hogy ilyen egyetértés a valóságban nem létezik, és számos gyakorlati okból nem is jöhet létre, ámde ugyanakkor demokratikus, annyiban, hogy azt vizsgálja, *ha adottak lennének a demokratikus diskurzus feltételei a politikai közösségben, elfogadnák-e a közösség tagjai a vizsgált normát, intézményt, döntést etc.* Az igazolási demokrácia-fogalom – úgy mondhatnánk – az ideális demokrácia rekonstrukciója és ezzel az empirikus demokrácia döntéseinek mércéje.

Az igazolási demokrácia-fogalom voltaképpen azt kívánja meg minden politikai – a demokratikus eljárást alkalmazó alkotmányos demokráciában ezek mind demokratikus, vagy azokra visszavezethető, döntések – cselekvéstől, kivált a törvényhozástól, hogy az (illetve eredménye, tartalma) *ésszerűen*⁵⁰ *igazolható* legyen. Az igazolhatóság viszont megkívánja, hogy a politikai közösség ne csupán eljárásokban egyezzen meg, hanem *ezek mellett* még bizonyos alapvető alkotmányos értékekben, amelyek a demokratikus döntések tartalmát, illetve azokat a normákat, amelyek a jogrendszer normái (s kivált a törvények) igazolására szolgálnak. A demokrácia tartalmi (szubsztantív) fogalmai így azt határozzák meg, milyen normák, intézmények etc. azok, amelyek szükségképpen általánosan elfogadottak egy alkotmányosan demokratikus közösségen belül.⁵¹ (A gyakorlatban ez tiltó normákkal is történhet, annak meghatározásával, mi nem fogadható el, mint a cenzúra, a tulajdon elkobzása stb.) A lényeges az, hogy belássuk: a szubsztantív demokrácia *normákat* határoz meg, amelyek alapján eldönthető, hogy valamely döntés – a törvényhozóé – milyen legyen ahhoz, hogy 'demokratikus'-nak fogadtassék el. A szubsztantív demokrácia-fogalom az eljárás kimenetelének meghatározója: azt mondja meg – amit az eljárási szabály nem –, hogy a lehetséges törvényhozói döntések (az egyszerűség kedvéért: normák) közül melyek a demokratikusan elfogadhatók és melyek nem. Az eljárási demokrácia szabályai nem tehetnek különbséget a döntések között: a tartalmi demokrácia szabályai pedig éppen ezt teszik. E szabályok éppen arra szolgálnak, hogy a szabályos eljárásban létrejött normákról megállapíthassuk, melyik igazolható alkotmányosan, és melyik nem.⁵²

A tartalmi demokrácia-fogalom számára a demokratikus vita sem eljárási fogalom: az alkotmányos közösség által elfogadott elvek alapján történő (vagy

⁴⁹ Weinberger például a demokrácia elméletet azonosítja az igazságosság-elmélettel. O. Weinberger, "Der normativistische Institutionalismus und die Theorie der Gerechtigkeit. Gerechtigkeit als Leitidee der Demokratie" *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1989. 99. Ugyanennek az elméleti eljárásnak másik példája újabban J.P. Müller, *Demokratische Gerechtigkeit* (München, 1992) című könyve.

⁵⁰ Az 'ésszerű' és a 'racionális' között itt nem teszünk különbséget.

⁵¹ Ezeket nevezi újabban Rawls "alkotmányos esszenciáliák"-nak. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993, 137. skk., 227. skk.

⁵² A normák alkotmányos igazolásáról ld. *Az alkotmánybíráskodás elmélete*, 101. skk

általában racionális) igazolás *érvelési folyamat*, amely a "nyilvános ész"⁵³ működése a közösségben. Ennek, igaz, szükséges, de nem elegendő előfeltétele az eljárási szabadságjogok létezése. Azt a közösség maga dönti el, hogy a nyilvános ész használatában mit tekint elfogadható és mit nem elfogadható érvek, például egy norma igazolásának. A demokrácia mint igazolás fogalma olyan demokrácia-fogalom, amely egyrészt a nyilvános igazoláshoz szükséges normákat állapítja meg, másrészt azokat (az ezektől elkülöníthető, de nem eljárási) szabályokat, amelyek az igazolást lehetővé teszik.

C. A demokrácia két fogalmának kapcsolata

A demokrácia előbb bemutatott két fogalmának viszonya nem mellőzhető kérdés; annál is kevésbé, mert a diskurzív demokrácia elméletei (mint Ackerman,⁵⁴ s kivált Habermas⁵⁵) éppenséggel e két demokrácia-fogalmat egyesítik, szerintem indokolatlanul. Indokolatlanul, mert a kétféle demokrácia-fogalom közötti különbség nem tűnethető el anélkül, hogy az egyik demokrácia-fogalom a másikkal maradéktalanul egybeolvadjon.

Azt még talán el lehet fogadni, hogy *ideális esetben* a többségi döntés egyben a legigazolhatóbb döntés; ebben az esetben az ideális *diskurzus-szituáció* esete – mint ezt Habermas feltételezi⁵⁶ – állna fenn. Hozzáteszem még: az ideális diskurzus-szituációban, vagy Perelman "univerzális hallgatóság előtti argumentációjában"⁵⁷ (vagy Rawls ezekkel egyenértékű "eredeti helyzetében") természetesen nem lehet szó a *többségi elv* érvényesítéséről, hiszen az ideális diskurzusban (mely egyébként normatív konstrukció) mint tudjuk, az egyhangúság elve érvényesül, tehát *mindenkinek* egyet kell értenie. Azaz, a diskurzus ideálisan egyben a *liberum veto* esete is. Ezt a vétót azonban erősen korlátozza, hogy (ideálisan racionális diskurzust feltételezve) csak *racionálisan igazolható* vétó lehet érvényes, vagy még inkább: csak a racionális vétó *gondolható el egyáltalán*, mert nem racionális résztvevők eleve ki vannak zárva.

A demokrácia két fogalmának egyesítése – amit hibáztattam az imént Habermasnál – Rousseau nevezetes distinkciójában a *volonté de tous* és a *volonté générale* között kapott klasszikus és maradandó formát:⁵⁸ az egyik az empirikusan is ellenőrizhető (eljárási) demokrácia a másik pedig az előbbitől független "racionális" akarat, amilyennek az empirikus akaratnak lennie kell.⁵⁹ Még radikálisabban jár el Ottfried Höffe, amikor azt állítja:

⁵³ A fogalomra és kanti eredetére ("Was ist Aufklärung?") Rawls, "The Idea of Public Reason" in.: Rawls, i.m. 212. skk.

⁵⁴ B. Ackerman, *Social Justice in a Liberal State*, New Haven, 1980.

⁵⁵ Habermas, *Faktizität und Geltung*, i.m. kül. 349. skk.

⁵⁶ Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M., 1973, "Wahrheitstheorien" in, *Festschrift für Friedrich Schulz*, 1968., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1980.

⁵⁷ Perelman számos műve helyett álljon itt Ch. Perelman, *Éléments d'une théorie de l'argumentation*, Paris, 1968, 25. skk, illetve u., *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, 103. skk.

⁵⁸ *Du contrat social*, L II., Ch. III., (Hälbwachs, ed., p. 145.).

⁵⁹ J. Plamenatz, *Consent, Freedom and Political Obligation*, 2. kiad, Oxford, 1968, 26. skk.

Amikor a parlamentet az egész nép választja, akkor a parlament alkotmányozó és törvényhozó tevékenysége *szükségképpen* garantálja az egész nép szabadságát, és pedig azért, mert egyrészt mindenki azonos joggal működik közre a törvények megalkotásában és másrészt, mert senki neki magának hátrányosan nem dönt. A demokrácia mint ilyen tehát biztosítja a kényszer [Herrschaftszwang] minimumát és - pozitíve fogalmazva - minden polgár szabadságának maximumát..... *Demokrácia és emberi jogok egybeesnek.*⁶⁰

Ez a gondolatmenet a kétfajta demokrácia-fogalom egyesítésének elgondolható maximuma.

Höffe meglepő módon nem gondol arra, hogy vannak olyan társadalmi kérdések, amelyek eldöntései a társadalom tagjainak érdekei nem azonosak: ami az egyiknek jó, gyakorta éppen ezért nem jó a másiknak. Felhozható, hogy Höffe csak a törvényhozó által szükségképpen garantált *szabadságról* (illetve emberi jogokról) beszél, nem mindenfajta törvényhozásról; ámde, ha ezt teszi azt kellene figyelembe vennie, hogy minden törvényhozás szükségképpen korlátozza a nép szabadságát”.

A két demokrácia-fogalom közül az eljárási demokrácia-fogalom annyiban elsődleges, hogy eljárás nélkül nem létezhet demokrácia; s ezért ennyiben az eljárási demokrácia-fogalom konstitutív. A tartalmi demokrácia-fogalom az eljárási demokrácia-fogalmat ezért el feltételezi; másrészt viszont a tartalmi-igazolási demokrácia-fogalomnak csak akkor van értelme, ha az alkotmányos közösség elismeri az *igazolási demokrácia elsőbbségét* az eljárási demokráciával szemben. Ez az elsőbbség abban áll, hogy *összeütközésük esetén* az igazolási demokrácia-fogalmon alapuló érvek erősebbek, mint az eljárási demokrácián alapulók. Az igazolási-tartalmi demokrácia-fogalom elsőbbségének tagadásával értelmetlenné tennénk a demokrácia, mint igazolás fogalmát, mert így az eljárási demokrácia egyik elemévé tennénk. Tagadhatatlan ugyanis, hogy az igazolási-szubsztantív demokrácia egyben az eljárási demokrácia (részleges) ellentéte is.

3. Az alkotmányos demokrácia két fogalma és az alkotmánybíráskodás kétféle igazolása

Az alkotmánybíráskodás elméletében az alkotmányfogalom – és ennek megfelelően az alkotmánybíráskodás – két típusát különböztettem meg: az *eljárási* és a (ahogyan ott neveztem) *szubsztantív* (alias Rawls-) alkotmányt.⁶¹ Ennek alapján megalkotható az *alkotmányos* demokrácia-fogalom két alakzata: az eljárási és a szubsztantív. Az eljárási alkotmány-fogalom az alkotmányt kizárólag – nagyjából a fentebb [2. A.] elemzett viszonylag tág eljárás-fogalom szerint, amely a hatásköri szabályokat is magában foglalja – egymáshoz kapcsolódó eljárások halmazának tekinti, míg a szubsztantív alkotmány a társadalom (Rawls-i értelemben vett) "alapszerkezetét" határozza meg, s ekként kézenfekvő a szubsztantív alkotmány-fogalomhoz hozzárendelni. A szubsztantív alkotmány csakis a szubsztantív demokrácia értelmében

⁶⁰ O. Höffe, "Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Maßstab der Demokratie", J. Schwartländer (Hrg.) *Menschenrechte und Demokratie*, Kehl/Strasbourg, Engel, 1981, 241. skk., 259. (Kiemelés nem az eredetiben.) Erre a helyre hivatkozik Kálin, i.m. 138. skk. Már óvatosabban fogalmaz: Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., 1989, 458. skk.

⁶¹ *Az alkotmánybíráskodás elmélete*, 58. skk.

lehet demokratikus, amennyiben tartalmazhatja azokat a szabályokat, amelyek meghatározzák azokat a társadalmi állapotokat, amelyeket az alkotmányos közösség minden tagja elfogad. Az alkotmány két típusa (csakúgy, mint a demokrácia-fogalomé) természetesen idealizálás: a valóságos alkotmányok rendszerint mindkettőből tartalmaznak valamennyit, ha nem is egyenlő mértékben. Másrészt mindkét esetben feltűnő az eljárási fogalom egy bizonyos értelemben vett elsődlegessége: a szubsztantív alkotmány- és demokrácia-fogalom – és a nekik a megfelelő alkotmányok és demokráciák – elképzelhetetlenek valamilyen eljárás nélkül. A szubsztantív alkotmány- és demokrácia-fogalmak egyaránt (ebben az értelemben) *előfeltételezik* az eljárási alkotmányt és demokráciát.

Az alkotmánybíráskodás igazolása és az alkotmányos demokrácia előbb elemzett fogalmai között alapvetően kétféle kapcsolat lehetséges: az alkotmánybíráskodás igazolható mint a *demokrácia* (szükséges) *önkorrekciója*, kiegészítője, de elgondolható az alkotmánybíráskodás olyan igazolása is, amely éppenséggel a demokrácia *szükségszerű korlátaival* igazolja az alkotmánybíráskodást. Az első érvelés szerint az alkotmánybíráskodás lényegében *demokratikus* intézmény (vagy a demokrácia intézménye), míg a második szerint az alkotmánybíráskodást éppen a demokrácia *szükségszerű* (és ezért elkerülhetetlen) tulajdonságainak ellensúlyozása indokolja; ez utóbbi gondolatmenetben az alkotmánybíráskodás a demokrácia ellentéte. Mindkét gondolatmenetet szeretném a következőkben megvizsgálni; bevezetőül arra szeretnék rámutatni, hogy (következtetésük hasonlósága ellenére) radikálisan különböző érvekről van szó. Az első szerint az alkotmánybíráskodás igazolása lényegében azonos a demokrácia igazolásával - ezt egyébiránt, mint említettem, nem vizsgálom itt -, tehát az alkotmánybíráskodással a *demokrácia* (bármit is jelentsen) lesz jobb, erősebb, teljesebb; ez az érvelés nem lát ellentétet (legfeljebb feszültséget) demokrácia és alkotmánybíráskodás között, hiszen végső soron ugyanazon az elven alapul mindkettő. A másik gondolatmenet az előbbivel ellentétben igenis lát valódi ellentétet a demokrácia és az alkotmánybíráskodás között, s ennek alapja az, hogy az alkotmány[osság] és a demokrácia közötti kapcsolatot elvben sem találja harmonikusnak, mert a demokrácia szerinte csak egy lehetséges elve – eljárása vagy tulajdonsága – az állam vagy a társadalom egésze intézményeinek és normáinak, amellyel egyenrangúak más (vele versengő) elvek is. A két felfogás abban különbözik egymástól, hogy az egyik a "demokráciát" *első, sőt alapelv*nek tekinti, míg a másik *egynek* több lehetséges, alkalmas és szükséges közül.

Az alkotmánybíráskodás *gyenge* demokratikus igazolása az alkotmányos demokrácia eljárási fogalmain alapul, s ezért *eljárási*. Eszerint az alkotmánybíróság⁶² – mint az eljárási típusú alkotmányokban – eljárási kontrollt gyakorol: csak akkor semmisíthet meg egy jogszabályt, ha arról kiderül, hogy eljárási értelemben nem demokratikus. Az 'eljárási kontroll' azt jelenti, hogy az alkotmánybíróság a demokratikus eljárás (alkotmányban definiált) szabályainak érvényességét tartja fenn. Az eljárási alkotmánybíráskodás nem a demokratikus – nyilván: a törvényhozói – döntés *tartalmát* vizsgálja, hanem azt, miképpen jött létre; a demokratikus döntés, ha egyszer érvényesen létrejött, *ex hypothesi* nem lehet alkotmányellenes. Ez egyébiránt már az eljárási szabály fogalmából is következik: *eljárási szabály* (mint többször említettem)

⁶² 'Alkotmánybíróság'-on értendő minden alkotmánybíráskodó bíróság, tehát a rendes bíróság is: a különbségnek közöttük most nincs jelentősége.

csak olyan szabály lehet, amellyel az eljárás bármilyen kimenetele fogalmilag nem lehet ellentétes. Minden demokratikus eredmény alkotmányos – ha az a demokrácia eljárási szabályait nem sértette meg. Ebben a felfogásban mindenképpen döntő, hogyan definiáljuk az 'eljárási szabályokat': ha csak az választások és a törvényhozási hatáskör szabályait tekintjük az alkotmányos ellenőrzésben eljárási szabályoknak, ezzel az alkotmánybíráskodás beavatkozási lehetősége igen csekély lenne – még akkor is, ha szövetségi államokban mindenképpen alapvető eljárási szabálynak kell tekinteni a tagállamok és a szövetség közötti hatáskör-megosztást meghatározó normákat. Azonban, mint említettem volt fentebb, legalább a politikai szabadságjogok is az alkotmányos eljárási szabályok közé sorolandók; sőt a politikai közösség számára – a demokratikus eljárásban, mint nyilvános diskurzusban – ezek a legfontosabbak, de mindenképpen sokkal nagyobb gyakorlati jelentőségük van, mint például számos választójogi szabálynak. A szólásszabadság például, eljárási szabály (a korábbi meghatározás szerint), mert nem határozza meg a nyilvános vita *eredményét*, csak a részvétel lehetőségét: arra már nem ad jogot, hogy bármely vélemény – mondjuk a legracionálisabb – valóban érvényesüljön is.⁶³ A lényeg azonban az, hogy *ha az eljárási szabályok megtartottak*, a törvény alkotmányosnak tekintendő.

Az alkotmánybíráskodás igazolása a demokrácia eljárási fogalma alapján feltételezi az eljárási demokrácia-fogalmat: alapja annak felismerése, hogy *eljárási szabályok* megtartása nélkül demokrácia nem gondolható el. Az alkotmánybíráskodás szerepe a gyenge igazolás szerint az, hogy a demokráciát mint eljárást érvényre juttassa, pártatlan dönt bíróként, *arbiter*ként. Az alkotmánybíráskodás igazolása e tekintetben azonos (vagy hasonló) az alkotmánybíráskodás igazolásával az *eljárási* alkotmányfogalom alapján: az alkotmánybíráskodás az alkotmányos eljárások rendjére vigyáz. Az igazolás egyben meghatározza az alkotmánybíráskodás hatáskörének – lehetséges döntéseinek – legfőbb korlátját: az alkotmánybíráskodás nem *helyettesítheti* a demokratikus” döntést a szerinte jobbal. Nem véletlenül neveztem az előbb az alkotmánybíráskodást 'arbiter'-nek: az arbitert az különbözteti meg a 'bíró'-tól, hogy az arbiter nem helyettesítheti saját döntését a jogvitában résztvevőkével, csak arról dönt, érvényes-e a vita valamely eredménye, vagy sem; az arbiter működése az *eljárási szabályok* alkalmazására korlátozódik.⁶⁴ Az alkotmánybírói aktivizmus ellenzői általában – bár gyakorta hallgatólagosan – az alkotmánybíráskodás gyenge igazolását fogadják el. Ennek alapján állítják, hogy az alkotmánybíró csak a demokratikus (azaz: eljárási demokratikus) döntés *előfeltételeit* biztosítja, azt, hogy a döntési eljárás szabályos legyen, de a demokratikus döntéshozót – és annak döntését – semmiképpen nem helyettesítheti. Az Egyesült Államokban, ahol régóta folyik a vita az alkotmánybíráskodás és demokrácia viszonyáról⁶⁵ a procedurális alkotmány-elméletek (s ezek, kivált az Egyesült Államokban, egyben demokrácia-elméletek is) a mai napig

⁶³ Cf. Raz, "Free Expression and Personal Identification" repr. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994, 131., 136. skk.

⁶⁴ Önként kínálkozik a sportbeli "bíró" analógiája: ha a ő nem marad "arbiter", eleve helytelenül teszi a dolgát.

⁶⁵ A vitát meghatározó újabb irodalomból, (a már idézetteken kívül) J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, New Haven, 1980, és M. J. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights*, New Haven, 1982, kül. 78. skk. Mindenképpen említendő R. Dworkin, "The Forum of Principle" című írása: Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, 33.

jelentős befolyással bírnak.⁶⁶ Ez az előbb mondottak szerint nem véletlen: az erős demokraták mindig is inkább az eljárási típusú elméletek hívei. A kérdés – amelyre itt elméleti választ keresek – azonban éppen az, mikor kell (és mikor nem) a többségi döntést tiszteletben tartani: ha mindig, akkor az alkotmánybíráskodás szerepe egészen minimális lehet csak.

Az alkotmánybíráskodás *erős igazolása* is a demokratikus eljárásból (a demokrácia eljárási fogalmából) indul ki. Az alkotmánybíráskodás erős igazolásának az a felismerés az alapja, hogy az eljárási demokrácia szükségképpen korlátozott. Korlátozott főleg abban az értelemben, hogy demokratikus eljárás szükségszerűen tökéletlen: régóta (mint említettem, a 18. század vége óta) ismert,⁶⁷ hogy a szavazási eljárásban nem küszöbölhetők ki olyan esetek, amelyekben a többségi döntés ellentétes a többség tényleges választásaival (a formális elmélet nyelvén: preferenciáival).⁶⁸ Ez a tétel általánosítható oly módon, hogy a demokratikus eljárás (amelynek a többségi szavazás szükségképp része) *saját premisszája szerint sem* nem képes minden esetben helyes döntést hozni. Ezzel pedig megingattatott a többségi eljárás (szavazás) legfőbb igazolása, mert ezek után nem tagadható, hogy a többségi döntés már saját eszméje szerint is korrekcióra szorulhat. Ha tehát el is fogadnánk azt a – gondolom, nemcsak szerintem felettébb vitatható – tételt, hogy a tökéletes demokratikus eljárás szükségképpen racionális és igazságos, helyes etc. eredményre vezet, akkor is be kell látnunk, hogy olyan eljárás, amely ezt minden esetre garantálná, nincs. Emellett a szavazási eljárások különféle módszerekkel manipulálhatók is egyes résztvevők által.⁶⁹

Az alkotmánybíráskodás erős igazolásának további érvelése azon alapul, hogy a gyakorlatban létező demokráciák mind *képviselési* demokráciák, amelyekben a demokratikus eljárás (a fogalom primer értelmében) felettébb ritkán alkalmaztatik – a választásokon és (ahol ez egyáltalán megengedett) a népszavazásokon.⁷⁰ A képviselési demokrácia eszméjének és gyakorlatának elfogadásával együtt igazolható követelmény, hogy a képviselési törvényhozó hatalom – amely legjobb esetben is viszonylag korlátozott értelemben reprezentálja a politikai közösséget – döntéseit bizonyos előre meghatározott szabályokkal megkösse. A képviselési demokrácia másik korlátja, hogy a demokratikus eljárásban a választó választása erősen korlátozott, mert csak (a törvényhozásban eldöntendő kérdésekhez képest) viszonylag kevés lehetőség közötti preferenciáit fejezheti ki. Ezért, ha feltételezzük is, amire (mint láttuk) nincs elég alapunk, hogy a szavazási eljárás valóban a *választók választásait* fejezi ki, akkor is el kell ismernünk, hogy ez legfeljebb csak a *kifejezett (és egyáltalán kifejezhető)* alternatívák közötti választásra igaz. Számos, esetleg az egyén számára nagyon fontos

⁶⁶ Ennek az iránynak ma jeles (és talán fő) képviselője J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, i.m. passim.

⁶⁷ Condorcet fentebb idézett művén kívül a mai irodalomban erről W. Riker *Liberalism against Populism*, i.m., 16. skk., 68., M. Dummett, *Voting Procedures*, Oxford, 1984, 11., 54., 85., 114., 295. A demokratikus (szavazási) eljárás egyéb nehézségeinek felismeréséhez persze nem kellett addig várni; az már az ókori Görögországban is jól ismert volt; igaz, az alkotmánybíráskodás kezdetleges formáit szintén ismerték.

⁶⁸ A 20. századi elméletben D. Black (*Theories of Committees and Elections*, Cambridge, 1958) az úttörő, majd K. Arrow híres tétele ("impossibility theorem") következett (Arrow, i.m.). Magyarul hozzáférhető R. Farquarson, *A szavazás elmélete*, Budapest, 1994, (eredetileg 1969).

⁶⁹ W. Riker, *Liberalism v. Populism*, i.m. 137. skk.

⁷⁰ A képviselési demokrácia fogalma, mellesleg megjegyezve, éppúgy eljárási demokrácia-fogalom, mint a közvetlen demokráciáé.

preferencia (érték, vélemény etc.) egyszerűen kifejezetlen marad.⁷¹ Azaz a választói vélemény-kifejezés már csak azért is korlátozott, mert a választó csak *relatív*e dönt: azok között a lehetőségek között, amelyeket a választási eljárás egyáltalán megenged (illetve lehetővé tesz) választja – ha racionális – a számára viszonylag legelfogadhatóbbat. Így választása egyáltalán nem biztos, hogy *abszolút választását* fejezi ki, vagyis azt a választást, amelyben az alternatívákat is maga határozhatná meg.⁷² Ez pedig legalábbis nem teszi igazolhatatlanná a demokratikus döntés alkotmánybírói megváltoztatását. Az igazolás azon alapul, hogy a képviselői demokrácia – a mellette szóló meggyőző érvek elfogadásával is – szükségessé teheti a képviselői korlátozását: ennek pedig legjobb módja, ha az alkotmány maga bizonyos tartalmú döntéseket érvénytelennek nyilvánít. A továbbiakban az igazolás megegyezik a harmadik érveléssel, melyre most térek át.

Az alkotmánybíráskodás erős igazolásának harmadik szála azzal igazolja az alkotmánybíráskodás szükségességét, hogy a demokratikus döntés – még akkor is, ha az előzőekben említett érvek nem lennének elfogadhatóak – semmiképpen nem ad (mert nem adhat) biztosítékot arra, hogy ezek a döntések igazságosak, vagy éppen tárgyilag helyesek lesznek. A demokratikus eljárás saját kimenetelének *tartalmi* igazolhatóságát nem biztosítja, de nem is bizonyítja. Ennek legegyszerűbb (vagy, ha tetszik, legtriviálisabb) magyarázata az, hogy a demokratikus eljárás – beleértve, mint mindig, a nyilvános vitát is – legjobb esetben (amely nem mindig következik be) a *meglévő vélemények többségének aggregálását* képes biztosítani. Ha azonban az eljárásban résztvevők véleménye irracionális, vagy egyszerűen inkompetens, akkor a demokratikus eljárással hozott döntés sem lehet jobb, bár rosszabb igen, ezeknél a véleményeknél. A demokratikus eljárással hozott döntés racionalitását még a nyilvános vita sem feltétlenül biztosítja: egyrészt azért nem, mert a gyakorlatban soha nem ideális, sőt legtöbbször attól igen távol eső körülmények között zajlik, másrészt azért sem, mert a résztvevők racionalitása is távol áll az ideáltól. Mindezek az érvek azt igazolják, hogy a demokratikus eljárás *eredményét* is indokolt korlátozni és ellenőrizni: ennek előfeltétele annak bizonyítása, hogy a demokratikus eljárás nem képes megakadályozni azt, hogy irracionális, igazságtalan stb. eredménye legyen.

Az alkotmányos demokrácia elmélete számára ennek a felismerésnek az a következménye, hogy az alkotmányos demokrácia nem elégedhet meg az eljárási demokrácia valamely változatával; legalább kiegészítésként a *tartalmi* demokrácia-fogalmat sem mellőzheti. A konstitucionalizmus történetében a tartalmi demokrácia követelménye jellegzetesen az *alkotmányos jogok* alakjában jelent meg:⁷³ az alkotmányban garantált emberi jogok (ebből a szempontból) a törvényhozás – a demokratikus” eljárás eredménye – korlátait határozzák meg.⁷⁴ A törvényhozó (a demokratikus eljárással létrehozott és demokratikusan legitimált) hatalom e

⁷¹ Ha például valaki fontos értéknek tekinti az állatvédelmet, ámde egyetlen jelölt (párt, egyén stb.) nem lép fel ilyen programmal, akkor ez a preferencia egyszerűen kifejezetlen marad, s így a szavazási eljárásban elvész.

⁷² Igaz, az egyes választási rendszerek e tekintetben sokban eltérnek egymástól, de ez nem gyengíti (bár kétségtelenül finomítja) az előbb leírt érvelést.

⁷³ De nem kizárólag; számos olyan alkotmányos szabály ismeretes már régóta, amelyet nem nevezhetünk alkotmányos jogoknak, de korlátozzák a demokratikus eljárás tartalmát. Ilyen például a *nullum crimen sine lege...* szabálya, általában a tisztán "jogállami" köötöttségek; ezek értelmesen nem nevezhetők 'alanyi jog'-nak.

⁷⁴ Egy másik részük pedig (mint említettem) a demokratikus eljárás szabályának tekinthető.

korlátozásának alapeszméje a tartalmi demokrácia posztulátuma, amely úgy fogalmazható meg, hogy ésszerűen gondolkodó emberek soha nem egyezhetnek bele a demokratikus eljárás olyan eredményébe, amely alapvető jogaikat elvenné; ezért a demokratikus eljárás eredményét csak akkor fogadják el, ha alkotmányos biztosítékok kapnak arra, hogy annak kimenetele korlátozott. A régebbi alkotmányos és politikai gondolkodásban ez a *többségi önkény* korlátozásának követelése volt. A szubsztantív demokrácia-fogalom (és elmélet) legbefolyásosabb elmélete, azt hiszem, a mai napig, a *(társadalmi) szerződés elmélet*: a társadalmi szerződés – a politikai alkotmány – legfőbb tárgya a szerződés elméletekben (egészen Rawlsig⁷⁵) a demokratikus eljárás tartalmi korlátozása.⁷⁶ A társadalmi szerződés a demokratikus eljárás eredményének korlátja.

A demokrácia-fogalmak közös eleme, hogy a törvény érvényességét (és kötelező erejét) az alkotmányos politikai közösség tagjainak egyéni hozzájárulására vezetik vissza. Az eljárási demokrácia-fogalom azonban ezt a hozzájárulást *beleegyezésnek* konstruálja meg: az egyén a demokratikus eljárásban való részvételével (sőt, annak a lehetőségével) belenyugodott a szabályszerű eljárás eredményébe, függetlenül annak tartalmától. A tartalmi demokrácia-fogalomhoz viszont az *elfogadás tartozik*: a törvénynek racionálisan elfogadhatónak kell lennie: az egyénnek be kell látnia, hogy a törvényhez (mint általános szabályhoz), ha kellő ismeretei, ideje, esetleg ésszerűség, gyakorlata etc. lenne, maga is hozzájárult volna. A demokratikus törvényhozó az ő ésszerűségét (is) gyakorolja helyette. A két fajta demokrácia konfliktusát nevezte Richard Wollheim a "demokrácia paradoxoná"-nak: ez (némileg átfogalmazva) abban áll, hogy lehetséges olyan eset, amikor a többségi döntés kötelező rám, miközben meg lehetek győződve arról, hogy a politikai közösségnek (amelybe tartozom) ésszerűen másképpen kellett volna döntenie.⁷⁷ A Wollheim által felhozott esetben – amelyet Michael Walzer az eljárási és a szubsztantív igazságosság közötti konfliktusként értelmez⁷⁸ – (saját terminusaim szerint) az '*elfogadás*' és a '*beleegyezés*' konfliktusáról van szó: beleegyeztem ugyan a demokratikus eljárás eredményének kötelező erejébe, de (adott esetben) valamit ebből mégsem tudok elfogadni. Az alkotmánybíráskodás (ebből a szempontból tekintve) lehetővé teszi, hogy a demokrácia ilyen típusú konfliktusai érveléssel és alkotmányos vitában megoldódjanak anélkül, hogy az alkotmányos közösség tagjainak szembe kellene kerülniük az alkotmányos renddel.

Az alkotmánybíráskodás erős igazolásából az is következik, hogy az alkotmánybíráóság nemcsak megsemmisítheti az alkotmányellenes törvényt, de azt is meghatározhatja, *milyen törvény alkotmányos* (és milyen nem az), tehát saját döntésével helyettesítheti a törvényhozó döntését. Ez nevezhető az alkotmányos demokrácia eljárási fogalmának kizárólagossága alapján állva "alkotmánybírói aktivizmus"-nak. Ha az alkotmánybíráóság nem egyszerűen alkotmányellenesnek (és ezért semmisnek) nyilvánítja a fehér és fekete bőrű gyermekek külön-külön iskolába járását kötelezően előíró törvényt, hanem azt is alkotmányos követelménynek tartja, hogy a fekete és fehérbőrű gyermekek kötelezően együtt tanuljanak (ha kell, akár azon az áron is, hogy a településen belül távoli iskolába járjanak etc.), akkor itt az alkotmánybíráóság már a

⁷⁵ Vagy utána J. Buchanan-nál. J.M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago, 1975.

⁷⁶ Ez azonban fogalmilag nem szükségszerű: ha a társadalmi szerződés csak eljárási szabályként értelmezett, mint például Hobbesnál vagy Rousseau-nál, akkor a szövegbéli állítás nem igaz.

⁷⁷ R. Wollheim, "A Paradox in the Theory of Democracy" P. Lasslett /W.G. Runciman eds., *Philosophy, Politics and Society*, Second Series, London, 1962, 71 ff.

⁷⁸ Walzer, "Philosophy and Democracy", i.m. 386.

törvényhozói döntés helyébe a sajátját tette.⁷⁹ Az alkotmánybírói "aktivizmus" elméleti megítélése az alkotmánybíráskodás demokratikus igazolása szempontjából elsősorban azzal függ össze, mi a viszony az eljárási és a szubsztantív demokrácia között. Másképpen: melyek a törvényhozásnak azok a területei, ahol indokolt az aktivizmus és melyek, ahol nem. Erre azt lehetne az eddigiek alapján válaszolni, hogy a törvényhozásnak (és minden más demokratikus döntésnek) van egy "hasznosság" (alkotmányosan közömbös, *adiaphoron*) és van egy *alkotmányos igazolhatósági* eleme. A tartalmi demokrácia követelményeinek alkotmányos meghatározásával (a normákat alkotmányos igazolhatóságát meghatározó elvekkel) az alkotmánybírószámára – ha nem is teljes pontossággal, mert mindig és elkerülhetetlenül értelmeznie kell az alkotmányos elveket – meghatározott az a mérce, amelyhez a törvény alkotmányos igazolhatóságát mérnie kell. A másik oldalon minden hasznossági kérdés *önmagában véve* (ha nincs kapcsolatban más alkotmányos kérdésekkel) a többségi döntésre tartozik: itt az eljárási demokráciának kell az alkotmánybíráskodásban érvényesülnie. Az alkotmánybíráskodás erős igazolása így az alkotmánybíráskodást (a demokrácia tartalmi fogalmának alkalmazásával) a "nyilvános ész" képviselőjeként igazolja.⁸⁰ Az alkotmánybíráskodás ebben az igazolásban azért szükséges, hogy az alkotmányos demokráciában legyen olyan szerv, amely a demokratikus érvelés *tartalmát* a demokratikus eljárás kimenetelének igazolhatóságát ellenőrzi. Ehhez olyan szervet kell létrehozni, amelyben a gyakorlati ésszerűség a lehető legjobban érvényesíthető. Érdemes ehhez felfigyelni arra, hogy egy norma igazolása olyan kérdés, amelyben a többségi döntés nem lehet önmagában mértékadó: normák viszonya (a fentebb kifejtettek szerint) nem tarthat – s általában az ésszerűségi döntések nem – abba a körbe, ahol a többségi döntés igazolható.

Az eddig elmondottakat megerősíti, ha röviden megvizsgáljuk az alkotmányos egyenlőségi szabály (amely egyébként elv)⁸¹ jelentését (alkalmazási körét és feltételeit) az alkotmánybíráskodás *eljárási* és *tartalmi* demokratikus igazolása szerint. Az egyenlőségi szabály vizsgálata azért mondhat sokat, mert a demokrácia és az egyenlőség elszakíthatatlanul egymáshoz tartozó fogalmak, sőt a demokrácia tekinthető úgy is, mint az egyenlőség politikai megvalósításának módja. Az alkotmányos egyenlőségi szabály elemzésével arra keresünk választ, mit jelent az alkotmányos közösség tagjainak egyenlősége a jogrendszer szempontjából. Ezért természetes, hogy a kétféle demokrácia-fogalomhoz két féle egyenlőség-fogalom tartozik: az eljárásihoz a formális, a szubsztantívhoz pedig a tartalmi egyenlőség. Az általános egyenlőségi szabály voltaképpen a *normák igazolhatóságának alkotmányos követelménye*,⁸² ezt pedig az alkotmánybíráskodást igazoló (eljárási vagy formális demokrácián alapuló) háttérelmélettől függően az alkotmánybírószámok igencsak különbözően fogják fel. Az eljárási demokrácia-fogalomhoz hozzárendelhető egyenlőség-fogalom a *törvény előtti*

⁷⁹ Természetesen a híres *Brown* ügy két szakaszára gondolok itt: az elsőben a processzuális demokrácia-felfogás a jellemzőbb; az "aktivizmus" inkább a *Brown II.*-vel kezdődik. Nem véletlen, hogy a politikai mellett elméleti vitát is kiváltott ez a kérdés, amelyből a leghíresebb kortársi tanulmány H. Wechsler "Towards Neutral Principles of Constitutional Law" *Harvard Law Review*, 73 (1959) 9. skk.

⁸⁰ Ezt a gondolatot Rawlsnál, Rawls, "The Idea of Public Reason", i.m. 231. skk.

⁸¹ Erre Bragyova, "Egyenlőség a jogban" *Világosság*, (1992/1) 1. skk.

⁸² Az egyszerűség kedvéért itt csak az általános egyenlőségi klauzulát vizsgálom, és nem foglalkozom a speciális ("nevesített") egyenlőségi szabályokkal, mint a faji, nem szerinti, stb. megkülönböztetés tilalma, s azzal sem, hogy az alkotmányos jogok *önmagukban* is "egyenlőségi szabályok", amennyiben mindenkit egyenlően illetnek meg az alkotmányos közösségen belül.

egyenlőség: ez csak azt a követelményt állítja a jogrendszer elé, hogy normái egyenlően alkalmaztassanak mindenkire, és *általánosan* legyenek megfogalmazva, azaz kizárják, hogy bizonyos egyének javára (vagy kárára) privilégiumokat, illetve kivételes rezsimet hozzanak létre. A törvény előtti egyenlőség alap gondolata, hogy a demokratikus törvényhozási eljárásban létrejött norma mindenkire egyformán érvényes: a demokratikus eljárás önmagában megalapozza a norma érvényességét és igazolhatóságát. Ezzel az érveléssel utasították el (például) az alkotmányjog 19. és 20. századi francia klasszikusai közül legtöbbször az alkotmánybíráskodást: a törvény létrejötte (eljárása) és formája eleve biztosítja annak alkotmányosságát.⁸³ A törvény 'általános érvényessége' két dolgot jelent: a törvény *tartalmának* általánosságát, és azt, hogy *minden esetben* (és mindenkire, akire kötelező) *alkalmazandó*. A törvény érvényessége azon alapul, hogy az a "demokratikus akarat" (a *volonté générale*)⁸⁴ kifejeződése, amely mindenkire kötelező, aki a demokratikus eljárásban közvetlenül vagy (főként) közvetve részt vett, vagy vehetett.

A *szubsztantív* demokrácia-fogalomhoz viszont az alkotmányos egyenlőség *tartalmi* fogalma tartozik: ez (a részletek elhagyásával) azt jelenti, hogy a törvény előtti egyenlőség helyett a törvényhozó csak akkor hoz létre alkotmányos normát, ha a törvény tartalma – egyszerűsítve: az abban jogilag minősített magatartások – az alkotmányos közösségen belül általánosan (a társadalom minden ésszerű tagja számára) elfogadhatóak. Az egyenlőség a tartalmi demokrácia-fogalomban nem az eljárás eredményének egyenlőségét jelenti – tekintet nélkül annak tartalmára –, hanem a *tartalom egyenlő elfogadhatóságát*. A "tartalmi" egyenlőség a norma *ésszerű igazolhatóságának* vizsgálata, amely abban áll, hogy a törvényhozó nem tesz indokolatlanul (s ezért igazolhatatlanul) különbséget az alkotmányos közösség egyenlő tagjai között azzal, hogy az általánosan *érvényes* magatartási szabályok (a törvények) különböző kötelezettségeket (és jogokat) osztanak el a társadalom tagjai között. A tartalmi egyenlőség azt követeli meg, hogy az alkotmányos közösség elfogadhatóan és elfogulatlanul – egyenlően figyelembe véve minden tagja helyzetét és méltóságát – alakítsa normái tartalmát.⁸⁵

4. Összefoglalás

A demokrácia és az alkotmánybíráskodás kapcsolatát elemezve azt igyekeztem bemutatni, hogy az alkotmánybíráskodásnak kétféle igazolása lehetséges a 'demokrácia' kétféle – eljárási és szubsztantív – fogalmához és értelmezéséhez képest. A *gyenge igazolás* szerint az alkotmánybíráskodás igazolása lényegében abban áll, hogy az eljárási demokrácia gyakorlatilag soha nem ideális s ezért korrekcióra szorul; ez az igazolás kizárólag a demokrácia procedurális fogalmát alkalmazza. Az érvelés azon

⁸³ Jellemző erre L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., Paris, 1928, t. II., 172. skk.

⁸⁴ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1925. A 'volonté générale' később – alkotmányos elméleti fogalomként – elvesztette Rousseau-i értelmét, s az törvényhozói szuverenitást jelölő (és igazoló) fogalomká vált. Erre Duguit, i.m. t. II., 161. skk.

⁸⁵ Az 'egyenlő méltóság' fogalmának alkalmazásával arra szeretnék emlékeztetni, hogy ez az a fogalom, amellyel az alkotmányos (és filozófiai) elméletek, sőt, egyes alkotmányok – beleértve a magyart is – leírják a tartalmi egyenlőség általános mércéjét. Az egyenlő méltóság kanti eredetű fogalmára. A modern irodalomból R. Dworkin, *A Matter of Principle*, 181. skk., Kis János, *Vannak-e emberi jogaink?*, Paris/Budapest, 1987, különösen 82. skk.

alapul, hogy a demokrácia bármely eljárása szükségképpen erős korlátokkal képes csak megfelelni azoknak a minimális (de racionális) követelményeknek, amelyeket megkívánhatunk tőle. A demokratikus eljárás korlátai indokolják az eljárási demokrácia korlátozását, ez pedig az alkotmánybíráskodást, mint korlátot. Az eljárási demokrácia arra törekszik, hogy a törvényhozó hatalom – a demokratikus hatalmat erre egyszerűsítve – a lehető legjobban megfeleljen az alkotmányos közösséget alkotó egyének preferenciáinak, értékeinek, véleményeinek, kinyilvánított érdekeinek. Ennek két súlyos korlátja van: az egyik az, hogy a politikai demokrácia szavazási eljárása erősen megszorítja az egyáltalán kifejezhető preferenciákat (amelyek közül így számos eleve rejtett marad); a másik korlát az a régóta ismert paradoxon, amely bizonyítja: nem lehetséges a szavazásnak – a demokratikus döntési eljárásnak –, olyan eljárása, amely szükségképpen biztosítaná a szavazás résztvevői preferenciáinak helyes (a többségi véleményt kifejező) aggregációját. Ezek az érvek – nem mellékesen – *egyaránt érvényesek a közvetlen és a közvetett demokráciára*; mindkettő eljárási demokrácia lévén, e tekintetben nincs közöttük különbség, mivel mindkettő szavazási eljárást alkalmaz.⁸⁶ Az alkotmánybíráskodás egyébként nemcsak az eljárási demokrácia korlátaiból igazolható, de abból is, hogy a nyilvános vitaként és politikai diskurzusként felfogott demokratikus eljárás szabályainak megtartatása önmagában is igazolja a demokratikus eljárás pártatlan döntő bírójának alkotmányos intézményesítését..

Az alkotmánybíráskodás másik, *erős igazolása* már a demokrácia szubsztantív fogalmát feltételezi, bár közvetve az eljárási demokrácia bizonyított hiányosságai is igazolják a demokratikus döntési eljárás tartalmi korrekcióját. Ez azonban csak annyit igazolna, hogy a valóságos demokratikus akarathoz igazítsa az alkotmánybíróság a többségi döntést – azaz a mérce továbbra is a többségi "akarat" lenne, tehát megmaradna az eljárási demokrácia keretei között. Ez az érvelés ellentmondó, mert (mint látható) a demokratikus akarat – az "igazi" többségi vélemény – a demokratikus eljárás módszereivel elvileg soha nem állapítható meg teljes bizonyossággal; ha pedig az eljárástól függetlenül kívánjuk a többség igazi akaratát felfedezni, akkor már kiléptünk az eljárási demokrácia fogalmi köréből. Tudhatjuk tehát, hogy a demokratikus eljárás eredménye nem korlátozott, de e korlátokat nem lehet (még elméletileg, ideális körülmények között sem) felszámolni. A tartalmi demokrácia ezért szükséges korrekciója az eljárási demokráciának; ez igazolja az alkotmánybíráskodást, amely a demokratikus eljárás eredményét felülvizsgálja a tartalmi demokrácia – az általános ésszerű elfogadhatóság, az alkotmányos igazolhatóság – alapján.

Mindezek az érvek, azt hiszem, arra elegendők, hogy a demokrácia-fogalom és (részben) -elmélet premisszái alapján megmutassák: az alkotmánybíráskodás, mint *alkotmányos intézmény* igazolható az alkotmányos demokráciában. Abban nem vagyok biztos (bár hajlok rá), hogy ezek az érvek elegendőek-e arra, hogy az alkotmánybíráskodás *szükségszerűségét* is igazolják az alkotmányos demokrácia számára; de annyit, azt gondolom, mindenképpen bizonyítanak, hogy minden más feltételt azonosnak feltételezve, az alkotmánybíráskodó alkotmányos demokrácia jobb, és *demokratikus szempontból jobb*, mint a nem alkotmánybíráskodó.

⁸⁶ A közvetlen demokrácia népszavazási formája gyakorlatilag még erősebben megszorítja a kifejezhető preferenciákat, s ezért még korlátozottabb e tekintetben.

CONSTITUTIONAL REVIEW AND DEMOCRACY

(Summary)

The countermajoritarian difficulty is a substantial problem in the theoretical and constitutional justification of judicial review. The problem is, essentially, how to justify the judicial control over democratic decision-making processes (predominantly legislation), since courts (including constitutional courts) are utterly 'undemocratic' institutions. The answer is this. First, one should consider the concept of 'democracy': there are *procedure-based* and *substantive* concepts of democracy (and within them a lot of various conceptions of democracy). Procedural democracy defines, of course, democracy as a procedure where the relevant majority decides, i.e. the views of the majority are prevailing. Substantive concepts of democracy define democracy by evaluating the *contents* of a decision (here mostly law-making), no matter how arrived at; in this view 'democratic' is any decision (law) which would be accepted by anybody sufficiently reasonable.

As to the justification of judicial review, one might distinguish a *weak* and a *strong* justification. The 'weak' justification is based on the procedural concept of democracy: the constitutional review is justified since the democratic procedures are necessarily imperfect and, second, because the correct applications of the rules of procedure should be controlled impartially through the courts. The 'strong' justification is based on the substantive concept of democracy: it does not admit that the result of a democratic procedure should be accepted without enquiring into its general acceptability. In this particular sense judicial review is no less 'democratic' than a vote by a popularly elected parliament.